



Le caractère sérieux dans la procédure civile et le contentieux administratif

Christian Gentili

► To cite this version:

Christian Gentili. Le caractère sérieux dans la procédure civile et le contentieux administratif. 2012. hal-00659043

HAL Id: hal-00659043

<https://hal.science/hal-00659043>

Preprint submitted on 12 Jan 2012

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Le caractère sérieux dans la procédure civile et le contentieux administratif

1. La controverse relative au refus de transmission par la Cour de cassation de certaines questions prioritaires de constitutionnalité a mis en lumière le critère fondé sur leur caractère sérieux.

A priori, l'adjectif semble banal et dénué d'intérêt, à l'instar d'autres notions parfois dites plastiques (et souvent interchangeables) dont la seule utilité est de conférer un pouvoir d'appréciation au juge. Pour faire le tour de la question, on pourrait simplement rajouter que la latitude ainsi octroyée constitue une soupape de sécurité nécessaire au bon fonctionnement de règles très atypiques ou dérogatoires, et rappeler cette évidence que le caractère sérieux exprime l'idée d'un seuil élevé.

Cette apparence se dissipe toutefois lorsqu'on prend la mesure de son essor dans les règles de procédure civile. Longtemps cantonné à la seule procédure administrative, tout au moins dans les textes, il accompagne aujourd'hui un grand nombre de mécanismes nouveaux du contentieux judiciaire, pour peu qu'ils soient atypiques ou dérogatoires. Non-admission des pourvois en cassation, question pour avis, question prioritaire de constitutionnalité, qui sont communs au contentieux judiciaire et administratif, mais aussi, notamment sursis à exécution des jugements du juge de l'exécution: autant de règles, parfois « révolutionnaires », pour reprendre le mot employé par le Doyen Perdriau à propos de l'une d'entre elles¹, où le législateur a jugé utile de faire intervenir ce critère.

Une analyse plus poussée révèle une autre surprise. Loin d'être uniforme, cette notion emprunte des acceptions variées, adaptées à chaque dispositif. Ces définitions, parfois communes à la procédure civile et au contentieux administratif, peuvent tenir au degré ou à la nature.

Plusieurs textes l'emploient au sujet d'un moyen (I). D'autres, plus rares, mais tout aussi fondamentaux, l'utilisent à propos d'une difficulté ou d'une question (II). On laissera de côté la contestation sérieuse, sujet abondamment traité par la doctrine dans son domaine majeur, le référé, si ce n'est pour signaler son origine prétorienne² et sa consécration tardive par les textes³.

I Le moyen sérieux

2. La notion de moyen sérieux est mise en œuvre dans des dispositifs propres au contentieux judiciaire ou administratif ou communs à ces deux contentieux.

S'agissant des premiers, l'existence d'un tel moyen invoqué par l'auteur d'un recours conditionne la **suppression du caractère exécutoire** d'un jugement ou la **suspension d'un acte administratif**, exécutoire ou non (A).

Les seconds concernent la **cassation** (B).

A) suppression du caractère exécutoire d'un jugement et suspension d'un acte administratif

¹ A. Perdriau, la non-admission des pourvois : JCP G, 2002, I 181 n°100.

² Y. Strickler, Le juge des référés, Thèse p.63 et l'arrêt cité : Cass.req., 4 janv. 1898 : D.P. 99.1.164. Le code de procédure civile de 1806, qui n'en faisait pas mention (acpc, art. 806 et s.) requerrait l'urgence et l'absence de préjudice porté au principal par l'ordonnance (CPC, art. 809). La notion de contestation sérieuse a été créée par les juges, à l'extrême fin du XIXème siècle pour apprécier cette seconde condition. Le fait que le juge tranche une contestation sérieuse impliquait que la décision préjudicie au principal.

³ D. n° 71-740 du 9 sept. 1971, art. 73

3. La notion de moyen sérieux est corrélée avec des cas où un recours juridictionnel (ou une voie de recours) est dépourvu ou privé d'effet suspensif, l'existence de ce moyen permettant précisément au juge d'attribuer cet effet, dans l'attente du jugement sur le fond. Ce type de disposition existe en matière civile (1°) et en matière administrative (2°).

1°) en matière civile

4. L'appelant peut invoquer un moyen sérieux afin d'obtenir du premier président de la Cour d'appel la suppression du caractère exécutoire de certains jugements échappant au régime de droit commun de l'exécution provisoire⁴.

En premier lieu, sont concernés les **jugements⁵ rendus par le juge de l'exécution⁶**. Le sursis à exécution des mesures qu'il a ordonnées est subordonné à l'existence de « moyens sérieux d'annulation ou de réformation ». Cette exigence, inspirée du contentieux administratif, est une création prétorienne⁷, transcrite dans le décret du 31 juillet 1992, après quelques années d'application⁸.

D'autre part, le moyen sérieux est la condition nécessaire et suffisante de **l'arrêt de l'exécution provisoire⁹**, même légale, d'un grand nombre de jugements¹⁰ rendus en matière de **procédures collectives**. La formulation est légèrement différente : « lorsque les moyens invoqués à l'appui de l'appel paraissent sérieux ». Le texte initial, qui remonte à la réforme de 1985¹¹, a été le premier à permettre l'arrêt de l'exécution provisoire de droit et est demeuré le seul pendant une vingtaine d'années¹².

Dans les deux cas, le caractère sérieux du moyen est utilisé dans le cadre d'une anticipation par le Premier président, qui évalue le **risque d'anéantissement¹³**. Il se livre à une « première appréciation du bien-fondé de l'appel »¹⁴ au vu des arguments de l'appelant et de l'intimé¹⁵. Cette tâche délicate le conduit à « **préjuger de l'appel** »¹⁶ en prenant le « risque d'être « **déjugé par la formation collégiale** »¹⁷. Son **appréciation est souveraine¹⁸** et il n'a même pas à se référer aux moyens invoqués par l'appelant¹⁹. L'ordonnance doit être **motivée²⁰**, sans avoir à l'être spécialement²¹. A propos de l'arrêt de l'exécution provisoire, la Cour de cassation a précisé que le juge doit se prononcer sur le caractère sérieux du moyen²².

⁴ Cette dérogation est justifiée par leur spécificité. Ainsi, matière de procédures collectives, le régime doit concilier « l'exercice légitime des voies de recours et le règlement rapide de la procédure collective dans l'intérêt de l'entreprise et de ses créanciers » : J.-P. Rémy, L'appel dans la loi de sauvegarde des entreprises : JCP E 2008, 1154.

⁵ Sauf en matière d'astreinte.

⁶ D.n°92-755 du 31 juill. 1992, art. 31 al. 3.

⁷ V. par ex. Cass.2ème civ., 20 juin 1996 : Procédures 1996, n° 250 obs.R. Perrot.

⁸ Par un décret 96-1130 du 18 décembre 1996 : JO 26 déc. 1996.

⁹ R. 661-1 al. 3 du Code de commerce.

¹⁰ Jugements mentionnés aux 1°, 2°, 3°, 5°, 6° et 8° du I de l'article L. 661-1 du code de commerce : notamment ceux statuant sur l'ouverture de la procédure

¹¹ D.85-1388 27 déc. 1985, art. 155 al.2.

¹² Jusqu'à l'entrée en vigueur du décret n°2004-836 du 20 août 2004.

¹³ P. Hoonakker, Retour sur l'arrêt de l'exécution provisoire de droit, Mélanges S.Guinchard, Dalloz 2009, p. 717 et s.

¹⁴ N. Cayrol, JurisClasseur Proc. civ., Fasc. 2295 n°153

¹⁵ A. Leborgne, Voies d'exécution et procédure de distribution, Dalloz 2009, 1ère éd., n° 894

¹⁶ A. Leborgne, loc.cit.

¹⁷ R.Perrot Rencontre Université-Cour de cassation - "La procédure civile."Bull. inf. C. cass. Hors série.

¹⁸ Et non discrétionnaire : Cass.2ème civ., 6 déc. 2001 : Bull.civ., II, n° 185 pour le sursis à exécution ; Cass.com., 17 Juill. 2001 : N° 98-20.942 pour l'arrêt de l'exécution provisoire.

¹⁹ Cass.2ème civ., 20 déc. 2001 : N° 00-17.029 ; Bull.civ., II, n° 201

²⁰ Cass.2ème civ., 6 déc. 2001 et Cass.com., 17 Juillet 2001 préc.

²¹ Cass. 2e civ., 22 janv. 1997, n° 95-11.039 : Bull. civ. 1997, II, n° 20

²² Cass.com., 5 Février 2008 : N° 07-15.011 : Bull.civ., 2008 IV, n° 29.

a) le sursis à exécution

5. Avant d'examiner le bien-fondé du moyen, les premiers présidents vérifient sa recevabilité devant la Cour²³ et parfois celle de l'appel²⁴. L'examen du moyen est généralement approfondi²⁵. Il implique une **analyse poussée du jugement**, mais seulement **sur les points concernés**.

L'étude d'une soixantaine d'ordonnances donne la répartition suivante: dans 37 cas, le moyen est sérieux, alors qu'il ne l'est pas dans 27.

Vingt-huit moyens sérieux sont relatifs à des règles de procédure civile²⁶ ou de procédures civiles d'exécution²⁷ dont pour ces dernières, 5 au sujet des mesures conservatoires²⁸.

Les neuf autres moyens sérieux portent sur l'application d'une règle de droit substantiel²⁹ (dont une décision portant sur l'appréciation des preuves de la propriété des biens saisis³⁰), de procédures collectives³¹ ou de surendettement des particuliers³².

En confrontant quelques sursis aux arrêts de la Cour d'appel, on constate que celle-ci a autant confirmé³³ qu'infirmer³⁴ le jugement du juge de l'exécution et, par le fait même, autant déjugé son Premier président qu'approuvé celui-ci.

Sur les vingt-sept cas de moyen non sérieux, vingt-deux concernent des règles de procédure civile³⁵ ou de procédures civiles d'exécution³⁶ parmi lesquelles onze sont relatifs aux mesures conservatoires³⁷.

Sur les cinq autres, quatre portent sur une règle de droit substantiel³⁸, dont deux sur l'appréciation des preuves de la propriété des biens saisis³⁹, et sur une règle de procédure collective⁴⁰.

²³ CA, P. prés. Ord. Aix-en-Provence Ord.; 15 Mars 2001, Jurisdata n° 2001-147719- CA, P. prés., Ord., Lyon, 1er oct. 2007 JurisData n° 2007-355152 : demande irrecevable après l'audience d'orientation.

²⁴ CA, P. prés., Ord., Lyon, 1^{er} oct. 2007 préc. Toutefois, contra, en matière d'arrêt de l'exécution provisoire : CA, P. prés., Ord., Montpellier, 27 sept. 2006 : n° JurisData : 2006-322055.

²⁵ Mais l'évaluation du grief n'est pas nécessaire en matière de nullité pour vice de forme : CA, P. prés., Ord., Bordeaux, 12 Fév. 2003 : N° JurisData : 2003-204043, V. toutefois CA, P. prés., Ord., Paris, 23 Janv. 1998 : N° JurisData : 1998-020211 exigeant la preuve du grief.

²⁶ CA P. Prés. Ord. Bordeaux, 1^{er} Juill. 1998 : Jurisdata n° 1998-056383- Paris 3 Mars 1999 ; N° 1391/98 : Jurisdata n° 1999-023586 : juge statuant ultra petita- Nîmes 21 Oct. 2005 : Jurisdata n° 2005-294743 : motifs du jugement du jex incompatible avec un arrêt d'une CA.

²⁷ CA, P. prés. Ord.-Paris, 22 Oct. 1997 : Jurisdata n° 1997-024132-7 Nov. 1997 : Jurisdata n° 1997-024134 ; 7 Nov. 1997 : Jurisdata n° 1997-024135, 3 Déc. 1997 : Jurisdata n° 1997-024122 ; 17 Déc. 1997 : Jurisdata n° 1997-024125 ; 11 Fév. 1998 : Jurisdata n° 1998-021652 ; 18 mars 1998 : Jurisdata n° 1998-021875 ; 20 Mai 1998 : Jurisdata n° 1998-022633 ; 25 Nov. 1998 : Jurisdata n° 1998-024298 ; 27 Janv. 1999 : Jurisdata n° 1999-023795- Aix-en-Provence, 30 Oct. 1997 : Jurisdata n° 1997-055997 ; 27 Nov. 1997 : Jurisdata n° 1997-047957 ; 15 Mars 2001, Jurisdata n° 2001-147719 ; 30 Juin 2005 Jurisdata n° 2005-27619 ; 30 Juin 2005 : Jurisdata n° 2005-276197 ; 1^{er} Mars 2007- Limoges, 31 Mars 1998 : Jurisdata n° 1998-102980-Bordeaux 12 Fév. 2003 : Jurisdata n° 2003-204043- Basse-Terre 6 Fév. 2002 : Jurisdata n° 2002-218922- PAU ; 18 Juin 2003 : N° 03/01238, Jurisdata n° 2003-222613

²⁸ CA, P. prés. Ord. Paris, 15 Oct. 1997 : Jurisdata n° 1997-024119 ; 12 Nov. 1997 : Jurisdata n° 1997-024588 ; 17 Déc. 1997 : Jurisdata n° 1997-024124-Aix-en-Provence, 11 fév. 1999 : Juris-data n°1999- 100707 ; 28 Juin 2001, Jurisdata n° 2001-153360

²⁹ CA, P. prés., réf., Ord.,- Paris, 13 Fév. 1998 : Jurisdata n° 1998-021878 ; 3 Mars 1999: Jurisdata n° 1999-023586 : solidarité entre époux ; - Aix-en-Provence; 25 Avr. 2002, Jurisdata n° 2002-765214 : -18 oct. 2007 :Juris-data n°2007-350941 : - Montpellier 23 Avr. 2003 Jurisdata n° 2003-215602 : -Angers, 22 juin 2005 : Juris-data n°2005- 282747 : surendettement

³⁰ CA P. prés., Bordeaux, 29 avr. 2004 : Jurisdata n° 2004-242860

³¹ CA, P. prés., 3 Mars 1999:Jurisdata n° 1999-024308 : suspension des poursuites par l'effet d'un jugement de liquidation judiciaire.

³² Angers, 22 juin 2005 : Juris-data n°2005- 282747

³³ JEX Toulon, 21 oct. 1998 ; CA, P. prés. Ord. Aix-en-Provence, 11 févr. 1999 : Juris-data n°1999- 100707 ; CA Aix-en-Provence, ch. 15, 7 juin 2002 : Juris-data n°2002- 188051- JEX Paris, 22 janv. 1998 ; CA, P. prés. Ord. Paris, 18 mars 1998 : Juris-Data n° 1998-021875, CA Paris, Ch. 8, sect. B, 26 Nov. 1998 : Juris-data n°1998- 023614 ?

³⁴ TI Angers 29 mars 2005; CA, P. prés. Ord., Angers, 22 juin 2005 : Juris-data n°2005- 282747 ; CA Angers Ch. 1, sect. A, 21 Mars 2006, N° 05/00974, Juris-data n°2006-298960.-JEX Grasse 3 mai 2005; CA, P. prés. Ord., Aix-en-Provence, 30 Juin 2005 : Jurisdata n°2005-276197 ; CA Aix- en-Provence, Ch. 15, sect. A, 18 Janv. 2006.

³⁵ CA, P. prés. Ord. Paris 18 Fév. 1998 : Jurisdata n° 1998-021889- Pau 16 Juin 2002 : Jurisdata n° 2002-185218)

³⁶ CA, P. prés. Ord. Paris., 22 Oct. 1997 : Jurisdata n° 1997-024132 ; 5 Nov. 1997 : Jurisdata n° 1997-024133 ; 23 Janv. 1998 : Jurisdata n° 1998-020211 ; 23 Janv. 1998 : Jurisdata n° 1998-020208 ; 11 Fév. 1998 : Jurisdata n° 1998-021651 ; 13 Fév. 1998 : Jurisdata n° 1998-021877 ; 18 Fév. 1998 : Jurisdata n° 1998-021889- Lyon 1^{er} Oct. 2007 : Jurisdata n° 2007-355152-Pau 16 Juin 2002 : Jurisdata n° 2002-185218.

³⁷ CA, P. prés. Aix-en-Provence 28 Juin 2001, Jurisdata n° 2001-153360-BORDEAUX, 13 Oct. 2005 : Jurisdata n° 2005-293653.-Ord. PARIS, 15 Oct. 1997 : Jurisdata n° 1997-024284 ; 22 Oct. 1997 : Jurisdata n° 1997-024131 ; 3 Déc. 1997 : Jurisdata n° 1997-024121 ; - 18 Fév. 1998 : Jurisdata n° 1998-022131 ; - 31 Mars 1999, Jurisdata n° 1999-022883 ; 10 Mai 2000, Jurisdata n° 2000-114284 ; 10 Mai 2000, Jurisdata n° 2000-117304 ; 10 Mai 2000, Jurisdata n° 2000-117307 ; 10 Mai 2000 ; Jurisdata n° 2000-114283-

³⁸ CA, P. prés. Ord. Paris, 15 Octobre 1997 : Jurisdata n° : 1997-024284 : Obligation à la dette d'un associé de société en commandite.- CA, P. prés. Ord. Colmar 20 Juillet 2007 : Jurisdata n° : 2007-345232 : caducité d'un compromis

³⁹ CA P. prés. Ord.; Bordeaux ; ; 29 Janvier 2003, Jurisdata n° : 2003-204036-CA, P. prés. Caen, Premier président, 4 Septembre 2007 : Jurisdata n° : 2007-344138.

6. Au vu de l'ensemble de ces décisions, le moyen sérieux apparaît comme un **moyen d'appel ordinaire**⁴¹ et donc ne **nécessite pas la démonstration d'une erreur manifeste du premier juge**.

En règle générale⁴², le premier président ne le relève pas d'office.

Un **seul moyen** suffit⁴³ alors que stricto sensu le texte en exige plusieurs.

Les **moyens de fait** semblent moins souvent couronnés de succès que ceux invoquant une règle de droit non soumise au premier juge. Le moyen est rarement sérieux lorsqu'il revient à demander un **réexamen des conditions générales** des mesures conservatoires⁴⁴.

A l'inverse, un **éclairage ou un élément inconnu** du premier juge ou **nouveau**⁴⁵ (en fait⁴⁶ ou en droit⁴⁷) semble **augmenter considérablement les chances de succès**.

b) arrêt de l'exécution provisoire

7. D'une manière générale, on retrouve la **plupart des caractéristiques de la jurisprudence relative au sursis à exécution**.

Ici aussi, un **seul moyen** suffit⁴⁸. Toutefois, on notera que certaines ordonnances laissent transparaître l'idée d'un niveau sérieux atteint par le **cumul** de plusieurs moyens (notamment relatifs à la procédure et à la situation financière⁴⁹), dont chacun pris isolément aurait peut-être été insuffisant. Par ailleurs, quelques arrêts ont limité le caractère sérieux aux « graves irrégularités de forme ou une appréciation largement erronée des faits de la cause » ou cherché à déterminer si le moyen est « suffisamment sérieux »⁵⁰.

En matière de liquidation judiciaire, où semble se concentrer la jurisprudence, un **élément nouveau ou inconnu du premier juge** peut se révéler décisif. C'est notamment le cas du paiement de l'essentiel du passif⁵¹. Le moyen sérieux peut aussi résider dans la perspective de rentrées d'argent, que ce soit par une vente⁵² (à moins qu'elle soit hypothétique⁵³) ou grâce à l'activité⁵⁴, qu'il peut ainsi y avoir urgence à reprendre⁵⁵.

⁴⁰ CA P. prés. Ord.; Aix-en-Provence 30 Juin 2005, Jurisdata n° : 2005-279687 : règle selon laquelle aucune action au fond ne peut être engagée contre la caution personne physique après l'ouverture du redressement judiciaire du débiteur principal.

⁴¹ Mais la reprise pure et simple des conclusions d'appel ne semble guère appréciée : CA P. prés. Paris ; Ord., 25 nov. 1998 : N° JurisData : 1998-024298

⁴² il existe des exceptions : CA, P. prés. Ord. Paris 3 mars 1999: Juris-Data n° 1999-024308 : article 47 de la loi de 1985. V. égal. CA ; Bordeaux ; 12 Février 2003 : Jurisdata n° : 2003-204043 : pouvoir et même devoir du juge de le relever d'office.

⁴³ V par ex. CA P. prés. Ord., Aix-en-Provence 27 Nov. 1997 : N° JurisData 1997-047957.

⁴⁴ V. par ex CA P. prés. Paris 15 déc. 2009 : N° JurisData : 2009-019210.

⁴⁵ CA P. prés. Paris 30 Juin 2005 : Jurisdata n° : 2005-279686 : la décision motivant la décision attaquée a fait l'objet d'un sursis à exécution.

⁴⁶ CA, P. prés. Ord. Douai, 3 mars 2011 : inédit N° RG : 191/10 : époux V. c/ GE Money Bank : sursis à l'exécution du jugement d'orientation en raison de la signature postérieure d'un compromis de vente à l'amiable, à laquelle créancière ne s'oppose pas. CA Aix-en-Provence ; Ord. ; 30 Juin 2005 : N° JurisData : 2005-279686.

⁴⁷ CA P. prés. Aix-en-Provence, 15 Mars 2001 : N° JurisData : 2001-147719 : irrecevabilité de la contestation soumise au jex, non invoquée devant celui-ci.

⁴⁸ CA P. prés. Ord. Aix-en-Provence 23 Août 2010 N° JurisData : 2010-017004

⁴⁹ V. par ex. CA, P. prés. ord. Aix-en-Provence 9 Mars 2002 N° JurisData 2002-199921

⁵⁰ CA P. prés. Ord. Aix-en-Provence 23 Août 2010 préc. à propos de l'omission d'un rapport du juge commissaire. V. aussi CA, P. prés. Ord. Rouen, 28 Janv. 2009 N° JurisData : 2009-000284 ; contra : CA, Ord. Limoges, 15 Fév. 2011, N° 11/00003 époux P. c/ Maître F, inédit.

⁵¹ CA, P. prés. ord. Aix-en-Provence 18 janv. 2008 N° JurisData : 2008-360003

⁵² CA, P. prés. ord. Limoges, 15 Février 2011, N° 11/00003 : vente plus favorable aux créanciers que la liquidation immédiate.

⁵³ CA, P. prés. ord. Douai 16 sept. 2010 : N° 159/10 : inédit

⁵⁴ CA, P. prés. ord. Colmar 8 Juill. 2008 : N° JurisData : 2008-369545 : agenda professionnel du débiteur (avocat) faisant ressortir l'activité à venir et les honoraires à échoir et futurs.

⁵⁵ CA, P. prés. ord. Colmar, 6 Juill. 2007 : N° JurisData : 2007-366486

L'arrêt peut même être prononcé à la seule vue de pièces attestant de la santé financière ou de la possibilité de faire face au passif⁵⁶.

Surtout, on relèvera le **caractère systématiquement sérieux de certains moyens**, tels que l'absence de convocation à l'audience du débiteur dont le redressement⁵⁷ ou liquidation⁵⁸ est prononcée, l'omission du rapport du juge commissaire⁵⁹ (et même la simple absence de sa mention dans le jugement⁶⁰), voire l'incompétence du tribunal⁶¹.

2°) en matière administrative

8. référé-suspension et doute sérieux. La notion de moyen sérieux a été imaginée par le Conseil d'Etat⁶², comme condition du sursis à exécution des actes administratifs. Transcrite dans un texte⁶³ les juges l'interprétèrent si sévèrement⁶⁴ que leur « **examen approfondi** des requêtes »⁶⁵ aboutissait souvent à empêcher une décision avant le jugement au fond.

Pour y remédier, la loi réformant le référé administratif⁶⁶ profita du remplacement du sursis à exécution par le référé-suspension pour substituer à la notion de moyen sérieux celle, plus souple⁶⁷, de « moyen propre à créer, en l'état de l'instruction, un **doute sérieux** quant à la légalité de la décision »⁶⁸.

En droit positif, le juge peut donc prononcer le **référé-suspension sans avoir de certitude** sur le caractère fondé des moyens d'annulation⁶⁹. Il doit analyser les moyens développés au soutien de la demande de suspension (un seul moyen suffit⁷⁰) mais pas ceux présents dans la requête au fond⁷¹. Il a l'obligation de soulever d'office les moyens d'ordre public⁷².

Un arrêt récent⁷³ exprime de manière limpide la mise en balance opérée par le juge: il s'agit d'un « examen (...) tant de la probabilité d'une annulation contentieuse de la décision en litige que de la nécessité d'en paralyser immédiatement les effets, au regard de l'ensemble des intérêts en présence ».

Plus spécifiquement lorsque le juge est saisi par le cocontractant de l'Administration d'une demande de suspension d'une mesure de résiliation du contrat, il doit apprécier si, en l'état de l'instruction, les vices invoqués paraissent d'une gravité suffisante pour conduire à la reprise des relations contractuelles et non à la seule indemnisation du préjudice résultant de la résiliation⁷⁴.

⁵⁶ CA, P. prés. ord. Aix-en-Provence 8 Oct. 2010 : N° 2010/505, N° de rôle 10/00642

⁵⁷ CA, P. prés. ord. Douai, ord. 14 oct. 2010 n°JurisData : 2010-022509.

⁵⁸ CA, P. prés. ord. Aix-en-Provence 14 Janv. 2011 : N° 2011/29.

⁵⁹ CA, P. prés. ord. Aix-en-Provence 23 Août 2010 N° JurisData : 2010-017004.

⁶⁰ CA, P. prés. ord. Aix-en-Provence 23 Juin 2005, N° JurisData 2005-280613

⁶¹ CA, P. prés. ord. 9 déc. 1986 : N° JurisData 1986-600134 Gaz.Pal. 1987, N°58 - note J.P. Marchi

⁶² CE, 12 nov. 1938, Ch. synd. des constructeurs de moteurs d'avions : Rec. CE 1938, p. 840.

⁶³ D. 63-766 du 30 juill.1963, art. 54 al. 3 et 4.

⁶⁴ J.Gourdou, JurisClasseur Adm., Fasc. 1093 n°105 et s : moyen qui allait immanquablement entraîner l'annulation ou la réformation

⁶⁵ Rapport du groupe de travail du Conseil d'Etat sur les procédures d'urgence, RFDA 2000 p. 941.

⁶⁶ LOI no 2000-597 du 30 juin 2000.

⁶⁷ Voir par ex. F. Rolin, JurisClasseur Justice Adm. Fasc. 80-13 n°86, J.Gourdou op.cit. n°107 et s.

⁶⁸ CJA, art. L. 521-1.

⁶⁹ Rapport précité du groupe de travail du Conseil d'Etat. V. égal. D.Giltard, Urgence (Procédures d'), Rép. Dalloz contentieux ad. n°206 : le juge « s'en tient à l'apparence et à la vraisemblance ».

⁷⁰ C.E., réf. 12 Février 2001 : N° n°29797, 229876, 230026, Association France nature environnement : Jurisdata n° : 2001-061809

⁷¹ CE, 19 févr. 2003, n° 251495, Cave coopérative Les remparts.

⁷² CE, sect., 16 Mai 2001 n° 230631.

⁷³ CAA Marseille, ord. réf., 25 mars 2010, n° 10MA00125, EARL Les Sapins : Droit Administratif 2011, comm. 7 R. Sermier et D. Epaud.

L'arrêt considère que la procédure de référé suspension n'est pas incompatible avec le respect du caractère effectif du droit communautaire.

⁷⁴ CE, sect., 21 mars 2011, n° 304806, Cne Béziers : JurisData n° 2011-004285 ; Rec. CE 2011, Droit Administratif 2011, comm. 46 com. F. Brenet et F. Melleray.

Parmi les cas typiques retenus par la jurisprudence⁷⁵, on peut citer l'identité du moyen à celui déjà retenu par le Conseil d'Etat pour annuler pour excès de pouvoir des actes similaires⁷⁶, l'absence d'avis conforme⁷⁷, une erreur de qualification juridique des faits⁷⁸ ou encore le fait que l'acte a été pris sur fondement de dispositions contraires au droit communautaire selon la Cour de justice des Communautés européennes⁷⁹.

Au contraire, le doute **n'est pas sérieux lorsque le moyen appelle un examen dépassant "l'office du juge des référés"** (ce qui est le cas lorsqu'il invoque l'incompatibilité d'une loi avec un Traité⁸⁰) et quand un moyen similaire a précédemment été rejeté par le Conseil d'Etat⁸¹. L'appréciation porte parfois principalement sur les circonstances de fait de l'espèce⁸².

9.sursis à exécution d'un jugement et moyen sérieux. La loi précitée a maintenu l'exigence de moyens paraissant sérieux pour le sursis à exécution d'un jugement, frappé d'appel⁸³ ou d'un recours en cassation⁸⁴. L'appréciation est **plus sévère que celle du doute sérieux** en raison de la « présomption de régularité »⁸⁵ attaché au jugement. Il « nécessite une démonstration assurée »⁸⁶. Ce moyen peut soulever par exemple, une dénaturation des faits⁸⁷ ou une erreur de droit⁸⁸.

10.participation du juge du provisoire à la formation de jugement au fond. Le Conseil d'Etat⁸⁹ a récemment déduit de l'office du juge, consistant à se prononcer « en l'état de l'instruction et à titre provisoire », une **présomption d'impartialité objective** du magistrat ayant précédemment admis l'existence du doute sérieux. Cela lui permet de participer à la formation appelée à juger du fond. Auparavant, le Conseil d'Etat avait retenu la même solution au sujet du **moyen sérieux**, à propos du **sursis à exécution et de l'aide juridictionnelle**⁹⁰.

La réponse semble différente⁹¹ lorsque le juge statue au regard du caractère non sérieusement contestable de l'obligation (en matière de référé-provision⁹²). La solution paraît inspirée⁹³ de celle adoptée par la Cour de cassation⁹⁴ au sujet du juge civil des référés. Il semble que celle-ci ne soit pas prononcée à propos du sursis à exécution ou de l'arrêt de l'exécution provisoire soumis à l'exigence d'un moyen sérieux.

⁷⁵ V. J. Gourdou, Jcl. Adm., Fasc. 1093 n°113.

⁷⁶ C.E., : 5 oct. 2001 : N° 238238

⁷⁷ C.E., 2 juill. 2010 : N° 340165, 340167, 340169, 340171, 340173

⁷⁸ C.E., 8 nov. 2002 : N° 250813

⁷⁹ C.E., 8 nov. 2002 : N° 250813

⁸⁰ CE 30 déc. 2002, Min. Aménagement du territoire et environnement c/ Carminati, req. no 240430, Rec. CE, p. 510

⁸¹ CE, réf., 8 avr. 2003, n° 254429, Cne Les Angles.

⁸² C.E., 23 nov. 2005, N° 286570: pas de doute sérieux sur la légalité du refus de visa court séjour opposée à une future épouse venant en France pour se marier, lorsque son intention matrimoniale est problématique et que requérants ne se sont jamais rencontrés avant la célébration du mariage. V. égal. N. Vaïter-Romain, Le visa délivré par les autorités consulaires : Droit Administratif 2011, étude 8.

⁸³ V. notamment C.J.A., art. R. 811-15 et 811-17, sauf dans le cas où l'auteur du recours n'est pas le demandeur en première instance : C.J.A., art. R. 811-16

⁸⁴ C.J.A., art. R. 821-5

⁸⁵ F. Rolin, op.cit. n°86

⁸⁶ Ibid.

⁸⁷ C.E., sous-sect. 4 avr. 2011 : N° 344409

⁸⁸ CE, 16 juin 2008, n° 304503, Eugène K. ;

⁸⁹ CE 26 nov. 2010 : N° 344505, JCP A 2010, act. 922 obs. crit. C. Rouault. V. aussi G. du Puy-Montbrun, Juge du sursis à l'exécution puis juge au fond, AJDA 2011 p. 807

⁹⁰ CE sect. 12 mai 2004, Com. de Rogerville, req. n° 265184, et Hakkar, req. n° 261826.

⁹¹ CAA Marseille 9 mars 2006, *M^{me} D.*, req. n° 04MA01886, AJDA 2006. 887, concl. T. Trottier.

⁹² C.J.A., art. R541-1

⁹³ Voir les conclusions préc. de T. Trottier.

⁹⁴ à Cass. ass. plén., 6 nov. 1998 : Bull. civ. ass. plén., n° 5.

B) moyen sérieux et cassation devant les juridictions suprêmes

11. L'absence de moyen sérieux invoqué par l'auteur du pourvoi le prive de l'aide juridictionnelle (2°) ou permet à la juridiction suprême de refuser l'admission du pourvoi (1°).

1°) non-admission du pourvoi en cassation

12. Le Conseil d'Etat⁹⁵ et la Cour de cassation⁹⁶ ont la faculté de déclarer non-admis⁹⁷ un pourvoi qui n'est pas fondé sur un moyen de cassation sérieux⁹⁸. Mais, alors qu'en matière judiciaire, il n'y a pas de véritable filtre⁹⁹ (car tous les pourvois ne passent pas par une phase de non-admission) et que la procédure est contradictoire, au contraire les recours en cassation devant le Conseil d'Etat sont systématiquement filtrés au terme d'une phase où le défendeur n'est pas appelé¹⁰⁰.

Ce mécanisme est **une réponse juridictionnelle à l'augmentation du nombre de pourvois**¹⁰¹. Il permettrait aux deux juridictions suprêmes de gagner de temps¹⁰² afin de se recentrer sur leur activité normative¹⁰³ et disciplinaire¹⁰⁴.

En pratique, l'utilisation est importante (en 2009, un cinquième des pourvois en matière civile, et presque trois cinquièmes, en matière pénale).

La caractéristique principale de la décision de non-admission réside dans son **absence de motivation**¹⁰⁵. Selon la doctrine¹⁰⁶, la décision n'est pas un arrêt mais conserve néanmoins une **nature juridictionnelle**. L'absence de motivation n'a pas entraîné la censure du dispositif par la Cour européenne des droits de l'homme¹⁰⁷, celle-ci considérant que l'article 6§1 n'exige pas une motivation détaillée dès lors notamment que le « recours est dépourvu de chance de succès »

-Les deux juridictions suprêmes ne donnent **pas de définition générale** du moyen non sérieux. Mais la ratio legis permet de mieux cerner la notion. Il s'agit de favoriser la **résorption de la masse** des pourvois grâce à une réponse adaptée, en écartant les pourvois **« voués à un échec certain »**¹⁰⁸.

⁹⁵ L. n° 87-1127 du 31 déc. 1987 pour le conseil d'Etat

⁹⁶ L.O. n° 2001-539 25 juin 2001, art. 27. En droit positif : CPC, art. 1014 et CPP, art. 567-1-1. Sur la généralisation du procédé par la Cour de cassation : M. Billiau JCP 2002 G, II, 10100

⁹⁷ Sur la question de la sélection des pourvois en cassation, V. S. Amrani-Mekki et L. Cadiet (dir.), La sélection des pourvois en cassation, Economica 2005, spéc. p. 19 et p. 81 et s.

⁹⁸ V. C. Atias, D. 2010 p. 1374.-G. Canivet, La procédure d'admission des pourvois en cassation: D., 2002, p. 2195.- Me H. Hazan, le moyen sérieux, http://www.courdecassation.fr/IMG/File/moyen_srieux_Hazan_250110.pdf -A. Lacabarats (http://www.courdecassation.fr/IMG/File/moyen_srieux_lacabarats.pdf) D. Tricot, Le fabuleux destin d'une décision de non-admission : Mélanges Boré 2006, p. 459.- V. Vigneau, Le régime de la non-admission des pourvois devant la Cour de cassation, D. 2010 p. 102.

⁹⁹ T. Le Bars Droit judiciaire privé, Montchrestien, 3^{ème} éd. n°854 Me H. Hazan, op.cit. -. D. Tricot op.cit, V. Vigneau, op.cit. -contra C. Atias, op.cit.; G. Canivet, op.cit..

¹⁰⁰ J.-H. Stahl JurisClasseur. Just. Adm., Fasc. 80-22 n°5 et n°6.

¹⁰¹ sur la continuité avec une pratique prétorienne dite des arrêts « tampons : Hazan op.cit., Vigneau, op.cit. ; V. égal. Perdriau, Des « arrêts brevissimes » de la Cour de cassation, JCP 1996, I, 3943, n° 40 et s. :

¹⁰² Bien que le « travail de fond soit accompli presque jusqu'à son terme » J. Vuitton, Pourvoi en cassation – Arrêts de rejet, JurisClasseur Proc. civile Fasc. 760 n°42

¹⁰³ Me Hazan, op.cit.

¹⁰⁴ G. Canivet, op.cit.

¹⁰⁵ Plus précisément, A. Lacabarats op.cit. considère que la motivation est présente dans le rapport du conseiller et J.-H. Stahl, Rép. Dalloz cont. adm. V° Recours en cassation n°3 évoque une motivation succincte.

¹⁰⁶ A. Perdriau, la non-admission des pourvois op.cit. n° 45 et 46.

¹⁰⁷ Au sujet du conseil d'Etat : Comm. europ. des Droits de l'Homme, 25 févr. 1997, Rebai c/ France, requ. N° 26561/95, Décisions et Rapports (DR) 88, p. 72) et CEDH, 3ème sect., 9 mars 1999 : SA groupe Kosser c/ France, requ. n° 38748/97 – au sujet de la Cour de cassation : CEDH, 2ème sect., 28 janv. 2003 : Burg et autres c/ France requ. no 34763/02

¹⁰⁸ G. Canivet, op.cit..

Au vu des cas recensés par un président de chambre¹⁰⁹ et un conseiller¹¹⁰ de la Cour de cassation, deux grandes catégories semblent se dégager devant cette juridiction¹¹¹.

La première correspond à des **situations objectives**, où le **moyen ne peut qu'être rejeté en raison même de sa nature ou de son objet**. C'est d'abord le cas de critiques sur lesquelles la Cour de cassation ne peut exercer sa fonction « disciplinaire »¹¹². On trouve ici le moyen visant l'appréciation souveraine ou un pouvoir discrétionnaire des juges du fond, et le moyen nouveau mais mélangé de fait et de droit. Cela inclut aussi ensuite les moyens visant à contester une jurisprudence constante.

La seconde catégorie englobe des pourvois dont le moyen est contraire au « **contenu réel des décisions attaquées** »¹¹³.

Au contraire, le manque de sérieux ne semble que **rarement découler de la vacuité d'un raisonnement développé dans un moyen de pur droit ou d'une erreur dans ce raisonnement**¹¹⁴.

2°) aide juridictionnelle

13. L'aide juridictionnelle est refusée par le bureau compétent si "aucun moyen de cassation sérieux ne peut être relevé"¹¹⁵, éventuellement d'office.

Il s'agit d'éviter un gaspillage de l'argent public et une « multiplication intolérable de pourvois inconsidérés »¹¹⁶. La définition **retenue par le bureau d'aide juridictionnelle¹¹⁷ est similaire à celle utilisée par la Cour de cassation¹¹⁸** (et le Conseil d'Etat) dans la procédure de non-admission.

La **sévérité est accrue** par rapport aux demandes relatives à la première instance¹¹⁹, même si toutes les causes habituelles de cassation peuvent être retenues¹²⁰. Le bureau examine le fond du litige¹²¹ et doit rechercher lui-même les éventuels moyens de cassation sérieux¹²².

La Cour européenne des droits de l'homme a validé le système¹²³. Elle justifie sa position eu égard aux différentes garanties offertes aux justiciables et à la nécessité de filtrer l'aide

¹⁰⁹ A. Lacabarats op.cit.

¹¹⁰ V. Vigneau op.cit.

¹¹¹ Les cas sont quasiment identiques devant le Conseil d'Etat : J.-H. Stahl op.cit. n°13. Pour un exemple de moyen non sérieux, Voir C.E., Sous-sect., 4 Mai 2011 : N° 346875

¹¹² Fonction disciplinaire entendue comme « la fonction de contrôle de l'application du droit par les juridictions du fond » : G.Canivet op.cit.

¹¹³ A. Lacabarats op.cit. Il s'agit notamment du moyen manquant en fait.

¹¹⁴ V.égal. A. Perdriau op.cit.n°53 à 60.

¹¹⁵ L. n° 91-647 10 juill. 1991 art.7. V.égal. D. n°91-1266 du 19 déc. 1991, art. 47, mod. par D. n°2010-764 du 7 juill.2010, art. 1 mettant à la charge du bureau l'obligation de rédiger un rapport sur l'existence ou non du moyen sérieux.

¹¹⁶ E. du Rusquec, JurisClasseur Proc. civile : Fasc. 122 : Aide juridique n°68

¹¹⁷ J. Barthélemy, Rép. Dalloz cont. adm. V° Aide juridictionnelle n°17- P. Fanachi et T. Pitois-Étienne, JurisClasseur Just. Adm. Fasc. 46 n°40.

¹¹⁸ La charte du justiciable de la Cour de cassation (http://www.courdecassation.fr/informations_services_6/charte_justiciable_2544/devant_cour_10941.html), énumère les principaux cas de moyen non sérieux dans la partie consacrée à l'aide juridictionnelle : faits nouveaux, discussion de « l'appréciation faite par les juges des preuves qui leur ont été soumises », apport de nouvelles preuves, ou contestation du « montant des condamnations (dommages et intérêts, pension alimentaire, etc.). »

¹¹⁹ J.-P. Dumas, L'aide juridictionnelle et le pourvoi en cassation, JCP G, 2009, 296 n°3. Environ 40% des demande sont refusées pour absence de moyen sérieux. Lorsque le demandeur bénéficie de l'aide, il obtient la cassation dans 45% des cas.

¹²⁰ J.-P. Dumas op.cit.

¹²¹ E. du Rusquec, JurisClasseur Procédure civile : Fasc. 122 : Aide juridique n°68.

¹²² L. n° 91-647, art. 7, al. 3

¹²³ Deux arrêts du même jour : CEDH, 3^{ème} sect., 26 févr. 2002 : Del sol c/ France-requ. n° 46800/99 ; et Essaadi c/ France requ.n° 49384/99: V. les critiques de S.Guinchard : Petit à petit, l'effectivité du droit à un juge s'effrite, Mélanges Boré 2006, op. cit et S.Guinchard et al., Droit processuel: Dalloz, 5^{ème} éd. 2009, n° 306

financière. **Mais les critiques émises par deux juges dans une opinion dissidente**¹²⁴ méritent l'attention. En premier lieu, le justiciable- non assisté-serait inapte à fournir un tel moyen.

D'autre part, en cas de refus, il subirait un « **préjugé** »¹²⁵ dans la suite de la procédure. A l'appui de cette seconde critique, on peut relever que, dans le cas contraire, - c'est-à-dire lorsque le bureau retient l'existence d'un tel moyen- la Cour de cassation s'interdit de facto d'employer la procédure de non-admission¹²⁶.

Par la suite, la Cour de Strasbourg s'est prononcée sur le cas où le pourvoi, formé malgré le refus de l'aide, serait précisément déclaré **non admis pour défaut d'avocat**¹²⁷. Elle a décidé que la procédure portant sur l'aide financière, ici déterminante pour le droit d'accès à un tribunal, **devait être soumise à l'article 6 § 1** de la Convention européenne des droits de l'homme.

II Difficulté ou question sérieuse

14.Après avoir évoqué la difficulté sérieuse (A), on étudiera de manière plus approfondie la question prioritaire de constitutionnalité (B).

A) la difficulté sérieuse

15. La notion de « difficulté sérieuse » trouve généralement sa place au sein d'un mécanisme de **renvoi** entre juges, ce critère servant à évaluer si ce renvoi est justifié¹²⁸. Son origine remonte probablement à la définition de la question préjudicielle proposée par Lafférière, c'est-à-dire celle soulevant « *une difficulté réelle (...) de nature à faire naître un doute dans un esprit éclairé* »¹²⁹.

Ainsi, le renvoi¹³⁰ au Tribunal des conflits par le Conseil d'État ou la Cour de cassation¹³¹ de la question¹³² mettant en jeu la séparation des autorités administrative et judiciaire¹³³ est soumise au fait qu'elle soulève une telle difficulté.

Lorsque celle-ci porte sur l'application d'une règle de droit ou l'interprétation d'un contrat liant les parties, elle justifie le renvoi au tribunal d'instance par le juge de proximité¹³⁴.

En pratique, ces deux renvois, rarement utilisés¹³⁵, ne semblent pas poser de problèmes particuliers.

-Plus remarquable, la difficulté sérieuse (suscitée par une question de droit) est une des conditions¹³⁶ de **la saisine pour avis**¹³⁷ des deux juridictions suprêmes.

¹²⁴ juges Loucaides et Tulkens.

¹²⁵ Reproche injustifié selon A. Perdiau, ss. Gaz.Pal. 2000, 25 juin 2002 n° 176, P. 2

¹²⁶ G. Canivet, op.cit.-et J.-P. Dumas, op.cit.. En matière civile, la procédure aboutit alors à 50% de cassation, soit un taux deux fois plus élevé que celui de l'ensemble de pourvois : Rapport annuel Cour de cassation 2010.

¹²⁷ CEDH, 10 juill. 2008, 5^{ème} sect. Blandeau c/ France, Requ. no 9090/06, §22 (à propos du conseil d'Etat), reconnaissant à l'unanimité la violation de ce texte par la France.

¹²⁸ D'autre part, V. en matière d'aide juridictionnelle, art. 22 de la loi du L. 10 juill. 1991 permettant au président de statuer seul sur les demandes ne présentant manifestement pas de difficulté sérieuse (ce qui est fréquent en matière de cassation: J.-P. Dumas, op.cit. n°5).

¹²⁹ Traité de la juridiction administrative, Paris, 1896, T.I, p.498

¹³⁰ D. du 26 oct. 1849, art. 35, mod. par D. 60-728 du 25 juill. 1960

¹³¹ Ou toute autre juridiction statuant souverainement..

¹³² Qui est « généralement un point de droit nouveau pour lequel il n'existe aucun précédent décisif » .H.Prélot et A.Béal JurisClasseur Ad., Fasc. 1065 n°115.

¹³³ Renvoi possible seulement si l'autre ordre de juridictions n'a pas encore retenu sa compétence par une décision irrévocable ayant tranché le même litige caractérisé par l'identité de parties, d'objet et de cause: T.confl., : 18 octobre 2010 N° C3762

¹³⁴ CPC, art. 847-4. L'ensemble du litige est renvoyé.

¹³⁵ Pour le tribunal des conflits, V. P.H.Prélot et A.Béal op.cit.-pour le juge de proximité : M. Viricel et al. Les juridictions et les juges de proximité : http://halshs.archives-ouvertes.fr/docs/00/36/43/37/PDF/Note_synthese_Rapport_Juges_de_proximite.pdf.

¹³⁶ Cette difficulté doit aussi être nouvelle et se poser dans de nombreux litiges.

¹³⁷ Sur une pratique parallèle des avis du Service de Documentation et d'Etudes : N. Molfessis, Les avis spontanés de la Cour de cassation, D. 2007 p. 37 .

Le mécanisme, initialement réservé au Conseil d'Etat¹³⁸, a été transposé à la Cour de cassation en matière civile¹³⁹ puis en matière pénale¹⁴⁰. Il a été créé dans l'objectif d'empêcher l'encombrement de cette juridiction et de conforter son rôle de régulateur de la jurisprudence¹⁴¹. Il y parvient en jugulant, par une réponse anticipée, **l'afflux de recours** en cassation susceptible d'être induit par une **divergence** entre les juridictions inférieures. La juridiction suprême, alertée du risque de conflit grâce à la question posée par le juge du fond (jouant ici un rôle de sentinelle) fixe donc sa **jurisprudence a priori**, dès que surgit un problème de droit nouveau.

L'interprétation prônée par la Haute juridiction va alors rayonner sur toutes les juridictions inférieures, même si en théorie l'avis ne lie même pas celle ayant posé la question¹⁴².

Dans cette logique, la question est sérieuse, selon la Cour de cassation, si elle « peut **raisonnablement donner lieu à des solutions divergentes de la part des juridictions du fond** »¹⁴³. Mais, malgré une divergence certaine¹⁴⁴, l'évidence de la solution prive la question de son caractère sérieux¹⁴⁵. Par ailleurs, celui-ci nécessite aussi que la question commande l'issue du litige¹⁴⁶ car, à défaut, le sursis à statuer induit par la question serait dilatoire.

Le Conseil d'Etat, « très favorable à une large utilisation de cette procédure »¹⁴⁷ fait preuve d'un **libéralisme quasi-absolu**¹⁴⁸, surtout en comparaison du véritable **contrôle effectué par la Cour de cassation**¹⁴⁹.

B) Question sérieuse

16. Outre la saisine pour avis, un second mécanisme emploie le critère du caractère sérieux de la question.

Il s'agit de la question prioritaire de constitutionnalité. Celle-ci est filtrée par les juges du fond puis la Cour de cassation¹⁵⁰ ou le Conseil d'Etat au regard de plusieurs critères¹⁵¹ parmi lesquels figure le caractère sérieux. Au cœur du dispositif, cette exigence est destinée à éviter que les « vannes »¹⁵² de la qpc laissent déferler sur le juge constitutionnel un torrent de questions vouées à l'échec ou permettent au défendeur de créer un marécage procédurier destiné à enliser temporairement le procès.

La définition du caractère sérieux peut être mieux comprise en rappelant les différentes étapes de sa genèse. Le système prévu par le projet de loi organique prévoyait des critères différents pour les juges du fond et les juridictions suprêmes. Alors que les premiers

¹³⁸ Loi n° 87-1127 du 31 déc. 1987, art.12, devenu art. L113-1 du C.J.A

¹³⁹ LOI no 91-491 du 15 mai 1991

¹⁴⁰ LO n° 2001-539 du 25 juin 2001, art. 26-IV

¹⁴¹ Maillard Desgrées du Loû, JurisClasseur Justice administrative Fasc. 11 : CONSEIL D'ÉTAT . – Avis sur une question de droit, n°2,

¹⁴² V. par ex. en matière judiciaire : c.o.j., art. , art. L441-3.

¹⁴³ J. et L. Boré, Rép. Dalloz Proc. civile V° Cour de cassation n°205. V. égal. F. Zenati, la saisine pour avis de la Cour de cassation, D. 1992, chron., p. 247. selon lequel l'exigence d'une telle difficulté sérieuse sert à éviter les « saisines inconsidérées »

¹⁴⁴ Obs. Davenas et rapp. Labrousse Avis n°100001 P du 4 mai 2010

¹⁴⁵ Obs. Fréchède, Avis n° 0070008P du 23 avr. 2007. Comme le remarque C. Atias L'introuvable question de droit RTD Civ. 2010 p. 243, en l'absence de difficulté sérieuse, « la réponse est là avant la question » .

¹⁴⁶ V. notamment. Cour de cassation, 20 oct. 2000, Avis, n° 8 ; Cour de cassation, 23 avr. 2007, Avis, n° 3

¹⁴⁷ L. Touvet, JurisClasseur Adm. Fasc. 1070 n°218

¹⁴⁸ Souplesse revendiquée par le commissaire du Gouvernement : M. Denis-Linton Concl.sur CE , Sect.(avis), 6 oct.1995, M. Chevillon RFDA 1996 p. 353. V. égal. D.Maillard Desgrées du Loû, JurisClasseur Just.adm., Fasc. 11 op.cit. n°37- J.-H.Stahl et D. Chauvaux, Conditions de la saisine du Conseil d'Etat pour avis, AJDA 1995 p. 882

¹⁴⁹ On peut d'ailleurs relever la richesse des avis et conclusions.

¹⁵⁰ La question peut être examinée par la formation de trois conseillers lorsque « la solution paraît s'imposer » (c.o.j., art. 461-1 al.2) . La formule est plus judicieuse que la référence à un caractère particulièrement sérieux ou non sérieux.

¹⁵¹ Sur les critères de filtrage dans les Etats étrangers : P.Deumier, la question fondamentale du pouvoir d'interprétation (à propos du filtrage) RTD Civ. 2010 p. 504.

¹⁵² H.Croze, Procédures 2010, repère 11

devaient s'assurer que la « question n'est pas dépourvue de caractère sérieux », les secondes devaient vérifier que « la disposition contestée soulève une question nouvelle ou présente une difficulté sérieuse ». Les personnalités auditionnées¹⁵³ lors des travaux parlementaires mirent en évidence le manque de pertinence (et de clarté) de la formule employée au sujet des juridictions suprêmes¹⁵⁴. Cela conduisit à l'adoption d'amendements¹⁵⁵, en vertu desquels le juge du fond et le juge suprême employaient tous deux le même critère alternatif : « la question est nouvelle ou présente un caractère sérieux ».

La ténacité du Gouvernement conduisit le Parlement à adopter le dispositif actuel, « en entonnoir »¹⁵⁶. Au filtre « lâche »¹⁵⁷ des juges du fond, destiné à évincer les questions « dilatoires ou manifestement non fondées »¹⁵⁸ succède celui, « serré », de la juridiction suprême. La gradation n'est cependant pas évidente si on s'en tient à la lettre du texte. La distinction repose sur la nuance, subtile (le justiciable moyen la saisira-t-il ?), entre « n'est pas dépourvu de caractère sérieux » et « présente un caractère sérieux ». Par ailleurs, l'existence de l'alternative devant la juridiction suprême (question nouvelle ou caractère sérieux) devrait en toute logique conduire à élargir les causes de transmission.

Dès les premiers mois d'application du texte, les juridictions suprêmes¹⁵⁹ ont souvent employé le critère fondé sur le caractère sérieux, notamment en raison d'une **conception étriquée**¹⁶⁰ **du critère alternatif**, la nouveauté. Elles ont respecté l'intention législative d'un filtrage plus sévère par elles mêmes que par les juges du fond¹⁶¹. Ce contrôle nécessite d'ailleurs que **l'auteur de la question ne la pose pas en termes trop généraux**¹⁶².

Le Conseil d'Etat a revendiqué le choix d'une conception compréhensive pendant une période de rodage¹⁶³, qui constituera probablement l'étiage du niveau de sérieux. Un rapporteur public¹⁶⁴ l'a apparenté au contrôle effectué par le juge des référés, « juge de l'évidence et du doute sérieux ». Le niveau d'exigence semble avoir remonté avant même le premier anniversaire du dispositif¹⁶⁵. Pour sa part, la Cour de cassation a adopté dès le départ une position plus stricte¹⁶⁶.

17. Pour procéder à ce contrôle, les deux juridictions suprêmes **mettent en regard** de manière plus ou moins approfondie la **disposition attaquée et les principes constitutionnels**¹⁶⁷. Il y a donc une appréciation du degré de sérieux, par un examen du bien-fondé.

¹⁵³ N. Molfessis, G. Carcassonne, P. Cassia, A. Levade.

¹⁵⁴ Aboutissant paradoxalement à l'impossibilité de transmettre une question non nouvelle relative à une disposition dont l'inconstitutionnalité était flagrante (car, par définition, la difficulté ne pouvait être sérieuse).

¹⁵⁵ amendements CL29, CL 38, 39, et 41 42

¹⁵⁶ qui apparaît clairement comme un compromis. V.J.-L. Warsmann, rapporteur A.N. séance unique du lundi 14 septembre 2009

¹⁵⁷ Pour reprendre la terminologie de P. Deumier : RTD Civ. 2010 p. 504.

¹⁵⁸ circulaire Min.de la Justice et des libertés, 24 février 2010 : N° NOR : JUSC1006154C.

¹⁵⁹ les trois quarts des décisions de non-renvoi : M. Guillaume, in J.-L. Warsmann, Rapport d'information AN n° 2838 sur l'évaluation de la loi organique n° 2009-1523 du 10 déc. 2009 n° 2838.

¹⁶⁰ Découlant d'une décision du conseil Constitutionnel : Cons. Const., 3 déc. 2009, décision N° 2009-595 : si le justiciable invoque une disposition constitutionnelle dont le Conseil constitutionnel n'a pas encore eu l'occasion de faire application.

¹⁶¹ Pour le C.E., V. J.-M. Sauvé, in J.-L. Warsmann, op.cit.

¹⁶² Cass.crim. 14 déc. 2010 n°10-90.111.

¹⁶³ J.-M. Sauvé loc.cit. .

¹⁶⁴ A. Courrèges, concl. sous CE, 14 avr. 2010, n° 323830, AJDA 2010 p. 1013

¹⁶⁵ B. Mathieu, Question prioritaire de constitutionnalité, JCP G, 2010, 801 n°13

¹⁶⁶ V.Lamanda et J.-L. Nadal, in J.-L. Warsmann, op.cit.

¹⁶⁷ Sur ce point, V. rapport annuel de la Cour de cassation 2010.par ex : Principe de la liberté d'expression et d'opinion. Cass., QPC, 7 mai 2010, no 12008, pourvoi no 09-80.774

Plus remarquable, dans un premier temps, la Cour de cassation sous le feu de critiques doctrinales¹⁶⁸ a également dénié¹⁶⁹ ce caractère **sérieux en raison de l'objet de la question**, un peu comme si elle opposait des **fins de non-recevoir, sans examen du fond**¹⁷⁰. C'était notamment le cas des questions visant soit des **dispositions modifiées**¹⁷¹ (ou abrogées¹⁷²) depuis le litige soit, indirectement une **interprétation**¹⁷³ de la Cour de cassation¹⁷⁴. Son premier président a justifié cette position en invoquant les travaux parlementaires¹⁷⁵, car la commission des lois du sénat avait rejeté un amendement autorisant la question sur une disposition législative « le cas échéant interprétée par la jurisprudence »

Au contraire, le Conseil constitutionnel a considéré que ces questions peuvent lui être soumises dans l'un¹⁷⁶ et l'autre cas¹⁷⁷. Sur ce second point, la Cour de cassation semble avoir rejoint la position du Conseil constitutionnel¹⁷⁸. Mais elle continue à dénier ce caractère lorsque la question vise, selon elle, à déporter vers le Conseil constitutionnel la fonction d'interpréter une loi¹⁷⁹.

18.Conclusion : Souvent placée au centre de mécanismes « sensibles » ou novateurs, l'exigence d'un caractère sérieux joue alors un rôle de régulateur, une simple soupape de sécurité. Mais les juges ne se sont pas contentés d'un emploi cantonné à cette seule marge d'appréciation. A plusieurs reprises, ils ont déterminé une nature ou un degré déduit de la raison d'être de la règle et de l'office qu'ils pensent être le leur. Ces différences, qui se sont logiquement traduites par une pluralité des significations, révèlent toutes les nuances d'une notion apparemment monolithique.

C.Gentili

Maître de conférences à l'Université Jean Moulin-Lyon III

¹⁶⁸ N. Molfessis, La jurisprudence supra-constitutionnelle : JCP G, 2010, 1039 – B.Mathieu, G. Carcassonne, D. Simon in J.-L. Warsmann, Rapport d'information préc.

¹⁶⁹ surtout par la Cour de cassation

¹⁷⁰ N. Molfessis op.cit. n°4 les qualifie de « positions de principe »

¹⁷¹ V par ex. Cass., ass. plén., 15 juin 2010 : P+B, n° X 09-17.283.

¹⁷² Cass. 25 juin 2010, n° 09-71.801

¹⁷³ Sur la question de l'interprétation, V. P. Deumier, RTD civ., 2011 p.90

¹⁷⁴ Cass.crim., 19 mai 2010 : n°: 09-87.307. Question transmise ultérieurement en raison du caractère nouveau Cass. crim., 19 janv. 2011, n° 10-85.159.

¹⁷⁵ compte rendu intégral des débats de la séance du Sénat du 13 octobre 2009

¹⁷⁶ Cons. const. 23 juill. 2010, n° 2010-16.

¹⁷⁷ Cons. const. 6 octobre 2010 décision n° 2010-39- 4 févr. 2011, déc.n° 2010-96

¹⁷⁸ Cass. 1re civ., 16 nov. 2010, n° 10-40.042 ; B. Mathieu, JCP G, 2011, 192 n°20.

¹⁷⁹ Cass.crim., 10 nov. 2010 :n°10-85.678: